

Milano, 26 marzo 2018

OGGETTO: ATTESTATO PUBBLICAZIONI

Con la presente si attesta che l'Avv. Ivan Libero Nocera ha pubblicato per la Rivista "*i Contratti*", edita da Ipsoa Gruppo Wolters Kluwer con il codice ISSN 1123-5047, i seguenti contributi:

- "Invalidità del preliminare di vendita di un immobile abusivo ed esecuzione in forma specifica" (nota a Trib. Brindisi 12 ottobre 2010), in "*i Contratti*", n. 5/2011;
- "Mediazione unilaterale e rapporto di mandato: inquadramento strutturale ed ipotesi esegetiche" (nota a Trib. Brindisi 14 ottobre 2010), in "*i Contratti*", n. 8-9/2011;
- "Varianti operative della buona fede nella determinazione del compenso dell'avvocato" (nota a Trib. Brindisi 20 maggio 2011), in "*i Contratti*", n. 5/2012.

Cordiali saluti

Francesco CANTISANI
Senior Publishing Manager
Direzione Editoriale Area Legale
Wolters Kluwer Italia s.r.l.



Vendita

Invalidità del preliminare di vendita di un immobile abusivo ed esecuzione in forma specifica

TRIBUNALE DI BRINDISI, 12 ottobre 2010 - Giud. Natali - Mo. c. Ma.

Non è possibile pronunciare sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 c.c., ogniqualvolta difetti la concessione edilizia o la successiva regolarizzazione delle difformità ex art. 40 l. n. 47 del 1985 o il promittente venditore non abbia provveduto, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ad attestare che le relative opere sono state eseguite prima del 1° settembre 1967. Infatti l'art. 40, comma 2, l. n. 47 del 1985 indirettamente influisce anche sui presupposti necessari per la pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932 c.c. che, avendo funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto, non può realizzare un effetto maggiore e diverso da quello che sarebbe stato possibile alle parti o un effetto che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma e nel contenuto l'autonomia negoziale delle parti.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Sull'impossibilità per la pronuncia ai sensi dell'art. 2932 c.c. di operare il trasferimento di un bene diverso da quello sul quale si è fissato il consenso dei contraenti: Cass., 22 maggio 2008, n. 13225, in Riv. not., 2008, 1422; Cass., 27 aprile 2006, n. 9647, in Giust. civ. Mass., 2006, 4; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, in Riv. not., 1998, 266; Cass., 9 dicembre 1992, n. 13024, in Giust. civ. Mass., 1992, 12.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

Fatto e diritto

Con atto di citazione, il sig. Mo. conveniva in giudizio il sig. Ma. al fine di ottenere una sentenza costitutiva, sostitutiva del rogito notarile, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà dell'immobile sito in Ostuni, alla C. d. S., esteso per complessive are 51 e centiare 85, ivi compresa la superficie del fabbricato rurale, in catasto foglio 185, particelle 100 e 101 e di vani 3 non censita nei competenti uffici del catasto, con fissazione delle condizioni e modalità di versamento della residua parte di prezzo, previa eventuale procedura amministrativa di sanatoria da porsi a carico del Ma., così come previsto nella promessa di vendita e nel successivo preliminare, oltre risarcimento danni e condanna alle spese. Esponeva il Mo. che, nei primi mesi del 2002, si era rivolto all'agenzia "Punto Casa" di R. N. al fine di acquistare un immobile e che detta agenzia gli aveva proposto l'acquisto di una villetta sita in Agro di Ostuni, alla C. d. S., di proprietà del sig. Ma., al contempo, garantendogli la rispondenza dell'immobile alla normative del settore. Inoltre, l'attore, in data 26 febbraio 2002 e dopo aver visionato l'immobile,

sottoscriveva una proposta di acquisto, predisposta dall'agenzia "Punto Casa", con cui si impegnava ad acquistare la proprietà del sig. Mo. Nella suddetta proposta, sottoscritta dall'attore e dalla sig.ra N. R., titolare dell'agenzia Punto Casa, il Mo. si dichiarava disponibile ad acquistare l'immobile di proprietà del Ma. per un prezzo di Lire 143.000.000, provvedendo a versare nelle mani della sig.ra N. R. la somma di € 5.165,00 da imputarsi a caparra confirmatoria, qualora fosse intervenuta accettazione della proposta da parte del venditore. Il successivo 14 marzo 2002 l'acquirente, sottoscriveva compromesso di vendita, così come redatto dall'agenzia Punto Casa. Nel summenzionato preliminare, parte venditrice dichiarava che al fabbricato già in precedenza esistente era stata accorpata una costruzione abusiva, componentesi di tre vani, non censita nei competenti uffici del catasto e prometteva di trasferire il bene libero da vincoli o gravami. L'attore, confidando nella circostanza per la quale l'immobile sarebbe stato trasferito e consegnato all'atto del rogito notarile oltre che libero da vincoli pesi ed ipoteche, anche in regola con le vigenti norme edilizie ed ur-

banistiche, all'atto della sottoscrizione del preliminare, versava all'acquirente l'importo di € 12.394,97, con impegno ad effettuare il rogito notarile entro il successivo mese di giugno. Inoltre, si pattuiva che il promittente acquirente avrebbe ricevuto le chiavi dell'immobile al fine (esclusivo) di realizzare dei lavori di completamento e di ristrutturazione dell'immobile, prevedendosi, al contempo, che il possesso sarebbe stato trasferito solo con la stipulazione del definitivo. In data 18 settembre 2002, le parti aggiungevano una postilla al preliminare, avente ad oggetto la posticipazione della stipula del definitivo al 30 novembre 2002; in quell'occasione il promittente acquirente versava l'ulteriore acconto di € 13.195,00. Nella suddetta occasione, non si addiveniva al rogito notarile in quanto il promittente venditore non aveva provveduto a sanare l'abuso, rendendosi in tal modo inadempiente agli impegni presi. Si costituiva il Ma. precisando, in via preliminare, l'assoluta inefficacia nei confronti del convenuto della proposta di acquisto del 26 febbraio 2002 *ex adverso* prodotta, in quanto costituente un mero impegno unilaterale assunto dall'attore, poiché sottoscritta solo dal Mo. e dalla titolare dell'agenzia immobiliare, sig.ra R. N., e mai fatto oggetto di espressa accettazione. A conforto di quanto sopra esposto, la difesa del convenuto rilevava che ai punti 6 e 7 della summenzionata proposta di acquisto era previsto che «il presente impegno si intenderà perfezionato allorché il proprietario - venditore avrà accettato la proposta» (art. 6) e che «in ogni caso la proposta in esame diverrà inefficace se non sarà accettata dal proprietario venditore entro 10 gg. decorrenti dalla data di sottoscrizione della presente».

Sempre, nel proprio scritto di costituzione, la difesa del convenuto evidenziava che l'unica fonte di obbligazioni riconducibile alla comune volontà delle parti era il contratto preliminare del 14 marzo 2002, in cui era specificato che al fabbricato rurale già esistente era accorpata una costruzione abusiva di vani 3 non accatastata, circostanza espressamente accettata dal promittente acquirente. Con il suddetto scritto difensivo, si precisava, altresì, che il differimento della stipula del definitivo, era da ascrivere alla mancanza di idonee disponibilità economiche del promittente acquirente. Si osservava che il successivo rifiuto del Mo. a stipulare il definitivo, per la pretesa omessa regolarizzazione dei vani abusivi da parte del promittente venditore (peraltro nell'intanto parzialmente avvenuta), era da considerarsi strumentale ed immotivato, posto che il promittente acquirente era stato reso edotto della presenza dei vani abusivi, sin dalla fase delle trattative, e che, in ogni caso, con la sottoscrizione del preliminare l'attore aveva accettato il bene nello stato di fatto e di diritto in cui si trovava. Nondimeno, si evidenziava che il Mo., a cui erano state consegnate le chiavi dell'immobile per effettuare dei lavori di completamento, da realizzarsi sotto la sua esclusiva responsabilità, non aveva più riconsegnato le stesse, con l'effetto che lo stesso avesse acquisito illegittimamente il possesso dell'immobile, con contestuale spoglio del convenuto (ancora perdurante). La difesa del convenuto rappresentava, inoltre, che, nelle more, l'attore aveva realizzato, in man-

canza di concessione/permesso, ulteriori opere abusive, oggetto di specifica contestazione con nota del 2 aprile 2003. Alla stregua di quanto sopra il convenuto concludeva richiedendo il rigetto della domanda attorea, formulando le seguenti conclusioni:

a) rigettare la domanda introduttiva promossa dal sig. Mo., in ogni sua accezione e specificazione, in quanto inammissibile, improponibile ed improcedibile, oltre che infondata in fatto e diritto;

b) In accoglimento della domanda riconvenzionale spiegata dal convenuto:

– Dichiarare l'inadempimento dell'attore in ordine alle obbligazioni assunte con il contratto preliminare dedotto in narrativa e, conseguentemente, disporre il trasferimento in suo favore della proprietà del bene promesso in vendita;

– Subordinare il trasferimento alla condizione sospensiva del pagamento del corrispettivo ancora dovuto all'acquirente, pari ad € 40.000,00, oltre interessi legali dal 30 novembre 2002, data dell'inadempimento, sino all'effettivo soddisfo;

– Ordinare al Mo. la immediata restituzione delle chiavi in favore del sig. Ma. e disporre che il possesso venga trasferito all'attore contestualmente al pagamento del prezzo nella misura dovuta.

– Condannare il sig. Mo. al risarcimento dei danni, per le causali esposte in narrativa, in favore del sig. Ma. nella misura di € 7.380,00 contrattualmente pattuita, ovvero in quell'altra, maggiore o minore, che all'esito dell'istruttoria della causa, sarà ritenuta di giustizia, anche con valutazione equitativa;

– Condannare l'attore al pagamento di tutte le spese, diritti e onorari di lite, oltre 10% ex art. 15 TPE, CAP ed Iva come per legge. Formulazione delle istanze istruttorie ex art. 184 c.p.c.

Con memoria di costituzione e note 183 c.p.c. del 20 maggio 2004, l'attore formulava istanza ex art. 700 c.p.c. al Giudice, affinché lo stesso ordinasse al sig. Ma. di procedere alla presentazione della domanda volta ad ottenere la sanatoria edilizia dell'immobile promesso in vendita. All'udienza del 18 novembre 2004 il convenuto, chiedeva il rigetto del cautelare in corso di causa promosso dal Monopoli, in quanto infondato in fatto e diritto e carente dei requisiti di legge. Con provvedimento del 9 dicembre 2004, questo Ufficio, lette le note depositate dalle parti, rigettava il promosso ricorso in corso di causa, poiché infondato in punto di diritto. All'udienza dell'8 luglio 2010, questo Giudice, dopo aver fatto precisare le conclusioni, rinviava all'udienza del 5 ottobre 2010 per la verifica del raggiungimento di un accordo bonario della vicenda o, in subordine, per la discussione orale della causa, con termine sino a 10 giorni prima per deposito di note conclusionali. La causa era rinviata all'udienza del 12 ottobre 2010.

La disciplina applicabile al contratto di compravendita definitivo nell'ipotesi di mancanza di concessione

Giova premettere come, in generale, il problema della tutela del compratore di immobile (anche solo parzialmen-

te) abusivo sia stato posto, in dottrina e in giurisprudenza, soprattutto con riguardo alle fattispecie di alienazione di costruzione eseguita senza concessione edilizia, in relazione alla quale sono state prospettate diverse tesi: quella per cui troverebbe applicazione la disciplina dell'*aliud pro alio*, quella che propende per l'evizione, quella a favore dell'applicabilità dell'art. 1489 c.c., così come le tesi, rispettivamente, della mancanza di qualità e della nullità del contratto per illiceità dell'oggetto o per inesistenza del bene originariamente dedotto in contratto.

Al riguardo, è noto come il legislatore, con la l. n. 47/1985 abbia introdotto gli artt. 17 (ora confluito nell'art. 46, d.P.R. n. 380/2001) e 40.

Più precisamente, l'art. 40, comma 2, l. cit. stabilisce che «gli atti tra i vivi aventi per oggetto diritti reali, esclusi quelli di costituzione, modificazione ed estinzione di diritti di garanzia o di servitù, relativi a edifici o loro parti, sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'art. 31 ovvero se agli atti stessi non viene allegata una copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'art. 35».

Il 4° comma del medesimo articolo aggiunge che «se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti, rispettivamente da indicarsi o da allegarsi, non sia dipesa dall'inesistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, ovvero dal fatto che la costruzione sia stata iniziata successivamente al primo settembre del 1967, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicate al comma precedente».

Dunque, le suddette previsioni, come precisato da autorevole dottrina:

1) implicitamente prescrivono, negli atti relativi ad edifici (o loro parti), l'indicazione degli estremi della licenza o della concessione ad edificare in sanatoria o, in mancanza della licenza, l'allegazione della copia della domanda di concessione (in sanatoria) munita degli estremi del versamento delle prime due rate della oblazione prevista dall'art. 35;

2) espressamente prevedono una nullità formale (o testuale), discendente dalla mancanza delle prescritte indicazioni e, nondimeno, suscettibile di sanatoria con un successivo atto che - provvisto delle indicazioni omesse nel precedente atto o presentando in allegato la domanda di concessione edilizia in sanatoria con gli estremi del versamento delle prime due rate dell'oblazione dovuta - risulta idoneo a integrarne il contenuto;

3) implicitamente prevedono (come desumibile dalla ra-

tio legis e, comunque, dalla esclusione della sanatoria nei casi di inesistenza della licenza edilizia o della domanda di concessione in sanatoria) una nullità di tipo sostanziale, connessa alla mancanza della licenza o concessione edilizia o dalla assenza della domanda di concessione in sanatoria e del versamento della prescritta oblazione. Come ha avuto modo di precisare la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147), tale nullità ha carattere formale, ragione per cui, affinché sia configurabile, è sufficiente che dall'atto consti la mancata indicazione degli estremi della concessione edilizia, mentre non è richiesta l'effettiva esistenza della essa. D'altronde, il microsistema normativo, regolativo della materia, riconosce dignità di requisito formale ad alcune dichiarazioni che l'atto deve necessariamente contenere e la cui mancanza ne produce la nullità, nonostante l'eventuale "regolarità" urbanistica dell'immobile compravenduto.

Il suddetto microsistema è preordinato a disincentivare l'abusivismo. Infatti, l'indicazione degli estremi della concessione non sarebbe possibile nell'ipotesi in cui tale concessione difetti.

Inoltre, per quanto lo stesso art. 40 preveda una successiva "conferma" dell'atto viziato, mediante la redazione di altro atto avente la stessa forma, deve ritenersi che non ricorra un'ipotesi di sanatoria in senso stretto, ma che si tratti di nuovo e distinto atto avente i medesimi requisiti formali del precedente.

Aderendo a tale ipotesi ricostruttiva, però, risulta fortemente depotenziata la funzione informativa perseguita dalle prescrizioni di forma e ciò dal momento che una qualsiasi indicazione di estremi, anche falsa, sarebbe in grado di garantire la validità dell'atto. Di qui, la diversa opzione ricostruttiva per la quale la validità dell'atto dipenderebbe strettamente dalla regolarità (sostanziale) del bene.

Si afferma che se il difetto di indicazione degli estremi della concessione nell'atto ne comporta la nullità, a fortiori alla medesima sanzione non potrà sottrarsi l'atto in mancanza di concessione.

Nondimeno, tale ultima tesi è contraddetta dal fatto che il legislatore non ha riconosciuto rilievo alla mancanza di conformità dei beni in sé alla normativa urbanistica. Diversamente, avrebbe comminato la nullità dell'atto a prescindere se ad effetti obbligatori o reali.

Invece, la nullità è prevista soltanto in relazione agli atti immediatamente traslativi. Inoltre, quale corollario del suddetto assunto, si dovrebbero ritenere validi atti che - per quanto privi, *ab origine*, carenti delle indicazioni richieste - abbiano ad oggetto beni conformi alle norme urbanistiche.

D'altronde, se fosse sufficiente la regolarità (sostanziale) del bene, sarebbe vanificata la *ratio* della norma che è anche quella di consentire all'acquirente di conoscere l'esatta condizione giuridica del bene dedotto in contratto. È possibile una *tertium via*. Si potrebbe affermare che la nullità è sanabile o meno, a seconda che il mancato adempimento delle prescrizioni di forma sia dipeso o meno dall'inesistenza della concessione.

Dunque, sarebbe insanabile la sola nullità che discenda

dall'insussistenza della concessione al momento in cui l'atto è stato stipulato.

Applicabilità della disciplina speciale ai preliminari immobiliari e ai trasferimenti coattivi, operati tramite sentenza ex art. 2932 c.c.

Occorre premettere che l'univoco riferimento testuale agli "atti giuridici tra vivi" rivela che il legislatore - pur contemplando, al quinto comma dell'art. 40 (aggiunto dall'art. 8-bis del d.l. 23 aprile 1985, n. 146) i trasferimenti operati nell'ambito delle procedure esecutive immobiliari non ha fatto alcuna menzione ai trasferimenti coattivi che si attuano tramite sentenza, ex art. 2932 cod. civ. in esecuzione di preliminare di compravendita inadempiti.

Dunque, coerentemente con l'insegnamento della Suprema Corte, deve ritenersi che non sia possibile pronunciare sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti, prevista dall'art. 2932 cod. civ., ogniqualvolta difetti la concessione edilizia o la successiva regolarizzazione delle difformità ex art. 40 l. n. 47 del 1985 o il promittente venditore non abbia provveduto, con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà - prevista dalla legge, che in materia non ammette equipollenti ad attestare che le relative opere sono state eseguite prima del 1° settembre 1967» (cfr. Cass. 27 aprile 2006 n. 9647).

Ciò, in quanto l'art. 40, comma 2, l. 28 febbraio 1985, n. 47 - che prescrive le predette dichiarazioni o allegazioni per gli atti *inter vivos*, aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici o loro parti - indirettamente influisce anche sui presupposti necessari per la pronuncia della sentenza di cui all'art. 2932 cod. civ. che, avendo funzione sostitutiva di un atto negoziale dovuto, non può realizzare un effetto maggiore e diverso da quello che sarebbe stato possibile alle parti o un effetto che, comunque, eluda le norme di legge che governano, nella forma e nel contenuto, l'autonomia negoziale delle parti (cfr. Cass. 8 febbraio 1997 n. 1199).

Né osterebbe alla suddetta conclusione l'istituto della successiva sanatoria della nullità ex art. 40, comma 4 (che consente la successiva "conferma", con effetto sanante, del negozio vietato). Ciò, in quanto l'istituto della conferma dell'atto nullo sarebbe logicamente inconciliabile con «le peculiari caratteristiche della sentenza e l'autorità del giudicato che questa è destinata ad acquistare» (Cass. civ., Sez. II, 8 febbraio 1997, n. 1199; così anche Cass. civ., Sez. II, 22 maggio 2008, n. 13225).

D'altronde, dal dato testuale della suddetta previsione normativa si desume che la l. n. 47/1985 non opta per la tesi dell'assoluta incommerciabilità dei beni abusivi, ma detta una serie di condizioni per la validità dei soli atti ad efficacia reale.

Tale limitazione della portata operativa della norma è stata sottoposta ad aspra censura in quanto in contrasto con la *ratio* primaria dell'intervento normativo de quo, ovvero disincentivare l'immissione sul mercato di edifici abusivi. *Ratio* che sarebbe stata più adeguatamente perseguita mediante la assoluta incommerciabilità dei beni abusivi.

Invero, appare preliminare rispetto alla questione dell'eventuale applicabilità dell'esecuzione in forma specifica alla suddetta fattispecie, quella relativa all'estensione del disposto di cui all'art. 40 anche al preliminare di vendita; questione che la Suprema Corte, ha risolto negativamente. Ciò, anche in virtù del dato testuale della previsione normativa, preordinata a trovare applicazione ai soli atti, aventi ad oggetto diritti reali, idonei a produrre, in via immediata, effetti consistenti nella costituzione o nel trasferimento di un diritto reale.

Come noto, il preliminare, per quanto sia idoneo, talvolta, ad anticipare la materiale immissione del promissario acquirente nella disponibilità della *res* o il pagamento del prezzo (preliminare ad effetti anticipati), ha soltanto effetti obbligatori.

Invero, in via interpretativa, si è cercato di estendere l'ambito operativo della previsione di legge speciale, facendo ricorso all'art. 1351 c.c. secondo cui «il contratto preliminare è nullo, se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo». In realtà, la previsione normativa trova applicazione alla forma che deve rivestire l'atto, e non anche agli adempimenti ex artt. 17 (ora art. 46 d.P.R. cit.).

Né può pervenirsi ad una conclusione differente, aderendo ad una ricostruzione in chiave sostanziale della nullità de qua, come discendente dall'irregolarità urbanistica del bene, di cui gli inadempimenti formali costituirebbero mero indice sintomatico.

Nondimeno, come già evidenziato, dovrebbero considerarsi affetti da invalidità, tutti gli atti che abbiano per oggetto immobili abusivi, e non solo quelli di cui agli artt. 17 e 40, in contrasto, però, con la chiara scelta delimitatrice del legislatore.

Né l'applicazione degli artt. 17 (ora confluito nell'art. 46, d.P.R. cit.) e 40, discende dalla necessità di neutralizzare il rischio che venga elusa la normativa speciale per il tramite dell'art. 2932 cod. civ. Rischio neutralizzato dal fatto che, nell'ipotesi di specie, è configurabile un'ipotesi di giuridica impossibilità di emettere la sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso.

D'altra parte, nell'ipotesi di assenza della menzione degli estremi (della concessione), dal contratto preliminare non risulta ciò che la l. n. 47/1985 prescrive ai fini del trasferimento del diritto, con conseguente preclusione per il giudice di realizzare un effetto che alle parti è precluso. Ovviamente ricorre la suddetta impossibilità solo, quando la concessione sia inesistente al momento in cui il trasferimento coattivo viene richiesto. Infatti, affermare sempre la impossibilità, a prescindere dalla verifica dell'effettiva esistenza della concessione, avrebbe l'effetto di pregiudicare il promissario acquirente, lasciandolo in balia del promittente venditore.

Da ciò la necessità di valorizzare gli strumenti processuali dell'allegazione e della prova di cui normalmente dispongono le parti, potendo il promissario acquirente produrre in giudizio i documenti da cui risulti l'esistenza della concessione, così che il giudice possa accertare l'esistenza della concessione e pronunciare la sentenza ex 2932 c.c., idonea, pertanto, a produrre un effetto omoge-

neo a quelli che le parti avrebbero potuto realizzare col definitivo. D'altra parte, l'art. 47, comma 1, l. n. 47/1985, riconosce al promissario acquirente, laddove ricorra una scrittura con sottoscrizione autenticata (o comunque riconosciuta autentica), la facoltà di prendere visione, presso gli uffici comunali, di qualsiasi documento relativo all'immobile. Oltre alla suddetta norma speciale, l'art. 213 c.p.c. consente alla parte di sollecitare il potere del giudice di richiedere i suddetti documenti alla pubblica amministrazione.

Ne consegue la valorizzazione del preliminare, quale diretta fonte del rapporto obbligatorio, invece, che mero strumento preparatorio del definitivo.

Nel caso di specie, non consta l'esistenza del permesso in sanatoria relativamente a tutti i vani abusivi (cfr. consulenza in atti). Né, nella fattispecie concreta - in considerazione dell'entità delle opere abusive, peraltro, consistenti in vani suscettibili di autonoma utilizzazione e non in un (ridotto) incremento della volumetria costruibile - può considerarsi applicabile il principio interpretativo, secondo cui quando l'immobile, munito di regolare concessione e di permesso di abitabilità, non annullati né revocati, abbia un vizio di regolarità urbanistica non oltrepassante la soglia della parziale difformità rispetto alla concessione (ad esempio, per la presenza di un aumento, non consistente, della volumetria fuori terra realizzata, non risolvendosi in un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile), non sussiste alcuna preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva, perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo (cfr. Cassazione civile, Sez. II, 18 settembre 2009, n. 20258).

Né, dato che le parti hanno considerato unitariamente il terreno e il fabbricato rurale - prevedendo, al riguardo, un prezzo unitario - sarebbe possibile disporre, con sentenza il trasferimento all'attore del solo terreno. Quanto alla pretesa risarcitoria del convenuto, *ex actis*, emerge che, in virtù di accordo *inter partes*, il promittente acquirente avrebbe ricevuto le chiavi dell'immobile al fine (esclusivo) di realizzare dei lavori di completamento e di ristrutturazione dell'immobile, pattuendosi che il possesso sarebbe stato trasferito solo alla stipulazione del definitivo. Nondimeno, l'attore, impossessatosi dell'immobile (circostanza da questi non contestata) ha continuato a detenere illegittimamente l'immobile promesso in vendita, violando in tal modo quei principi di correttezza e buona fede che devono invalere tra le parti contrattuali. Ciò premesso, è noto come il titolare di un diritto reale - il quale chieda il risarcimento conseguente al mancato godimento del diritto stesso - non è tenuto a provare il danno subito, poiché il medesimo è da considerarsi *in re ipsa*, ovvero nella provazione della facoltà di godere direttamente o indirettamente (cfr. Cass. civ., Sez. II Sent., 9 giugno 2008, n. 15238).

In merito al quantum, è possibile una liquidazione in termini equitativi, nella misura di euro 5000,00, oltre rivalutazione e interessi dal momento dell'avvenuto impossessamento. Ciò in considerazione di tutte le circostanze del caso di specie, della condotta reciprocamente tenuta

dalle parti ed, in particolare, della durata dello "spossestamento". D'altronde, nel caso di specie, una liquidazione equitativa del danno deve ritenersi ammissibile, almeno in relazione al quantum, ai sensi dell'art. 1226 c.c.; norma estendibile anche alla responsabilità extracontrattuale, quale è quella di specie, in virtù del richiamo alla predetta disposizione contenuto nell'art. 2056 c.c. in materia di valutazione del danno. Deve, altresì, ordinarsi al Monopoli la immediata restituzione delle chiavi dell'immobile in favore del sig. Ma., Ciò in considerazione del fatto che la conservazione della sua disponibilità è *sine titulo*. Quanto al risarcimento richiesto dall'attore, non può ritenersi che la presenza di vani abusivi non regolarizzati legittimi il promissario acquirente ad una pretesa risarcitoria essendo la condizione giuridica del bene ben nota allo stesso, già al momento della stipula, come evincibile dall'univoco dato testuale del preliminare nel quale si dichiarava esplicitamente, che, al fabbricato già in precedenza esistente, veniva accorpata una costruzione abusiva, componendosi di tre vani, non censita nei competenti uffici del catasto. In merito, invece, ai miglioramenti del bene, da esso compiuti, gli stessi possono trovare tutela solo con strumenti diversi da quello risarcitorio. Le spese - liquidate come da dispositivo - seguono la soccombenza. Devono essere poste, in via definitiva, a carico dell'attore, in solido, le spese della disposta CTU.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Tizio, nei confronti di Caio, così provvede:

- 1) rigetta la domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c;
- 2) ordina al Mo. la immediata restituzione delle chiavi dell'immobile in favore del Ma.;
- 3) condanna il Mo. al risarcimento dei danni, in favore del Ma. nella misura di € 5000,00, oltre rivalutazione e interessi dal momento dell'avvenuto impossessamento;
- 4) condanna l'attore al pagamento, in favore del convenuto, delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 3500,00 di cui euro 2000,00 per diritti ed € 1500,00 per onorario, oltre IVA e CAP ed esborsi forfettizzati come per legge;
- 3) pone, definitivamente, a carico dell'attore, le spese della disposta CTU.

IL COMMENTO

di Ivan Libero Nocera

Dopo aver indagato le molteplici finalità della disciplina urbanistico-edilizia l'Autore si concentra sul peculiare regime sanzionatorio previsto con riferimento agli atti di compravendita di edifici, tentando di qualificare la natura giuridica del rimedio invalidante e di verificare l'applicabilità di tale nullità ai contratti preliminari, per poi esaminare in maniera diffusa la problematica relativa alla possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica di un preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile abusivo.

Il fatto

La decisione in commento si sviluppa intorno ad una fattispecie, dai profili fattuali tendenzialmente lineari, che si impenna su un contratto preliminare di vendita di un immobile parzialmente abusivo.

In particolare Tizio, intenzionato ad acquistare un immobile si rivolgeva ad una agenzia immobiliare, la quale gli proponeva un bene assicurandone la regolarità urbanistico-edilizia.

Dopo averlo visionato, Tizio sottoscriveva una proposta di acquisto predisposta dall'agenzia di intermediazione in cui si dichiarava disponibile ad acquisire l'immobile ad un determinato prezzo e depositava altresì nelle mani della titolare dell'agenzia una certa somma a titolo di caparra confirmatoria, nel caso in cui il venditore Caio avesse accettato la proposta. Successivamente si giungeva alla stipula del contratto preliminare in cui il promissario venditore precisava che l'immobile conteneva una costruzione abusiva non censita al catasto, impegnandosi tuttavia a provvedere a sanare l'abuso prima del perfezionamento della vendita definitiva. Per contro il promissario acquirente Tizio si impegnava ad effettuare il rogito notarile entro un termine stabilito, ricevendo le chiavi dell'immobile esclusivamente per eseguire lavori di ristrutturazione e completamento, senza tuttavia acquisire il possesso che sarebbe stato trasferito solo alla stipula del definitivo.

In seguito alla mancata regolarizzazione dell'immobile da parte del promissario venditore al termine previsto per il rogito e al conseguente inadempimento del contratto preliminare, il promissario acquirente Tizio agiva in giudizio ai sensi dell'art. 2932 c.c., chiedendo una sentenza costitutiva che in sostituzione del contratto definitivo trasferisse la proprietà dell'immobile sanando dunque l'irregolarità edilizia. Il promissario venditore Caio eccepeva invece, oltre all'inefficacia della proposta di acquisto, che il promissario acquirente Tizio fosse stato informato già dalla fase della negoziazione della sussistenza dell'abuso edilizio, circostanza peraltro preci-

sata nel preliminare in cui Tizio aveva accettato il bene nello stato di fatto e di diritto a quella data. In via riconvenzionale, oltre ai danni, domandava quindi la dichiarazione di inadempimento dell'attore per la mancata stipulazione del definitivo ed il trasferimento della proprietà dell'immobile a Tizio sospensivamente condizionato al pagamento del corrispettivo ancora dovuto.

Il Tribunale adito, con la sentenza in commento, accoglie le richieste del promissario venditore rigettando la domanda di esecuzione in forma specifica in base all'inapplicabilità della disciplina sul controllo dell'attività urbanistico - edilizia ai trasferimenti coattivi attraverso l'esecuzione ex art. 2932 c.c. del contratto preliminare inadempito.

La pronuncia in epigrafe offre utili spunti di riflessione laddove passa al vaglio la problematica della tutela del compratore di immobile abusivo, attraverso l'analisi della disciplina legislativa speciale con riferimento ai rimedi ai fini della commerciabilità dei beni immobili irregolari, esaminando partitamente le soluzioni ermeneutiche proposte sul piano sanzionatorio e la loro estendibilità ai contratti preliminari. Ulteriore ragione di rilevanza della sentenza in esame è rappresentata dall'attenzione al tema degli effetti della suddetta disciplina in sede contenziosa, laddove offre un interessante contributo all'approfondimento critico e valutativo del principio di diritto che vieta una pronuncia di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici ai sensi dell'art. 2932 c.c. in difetto di concessione edilizia o successiva regolarizzazione delle difformità ai sensi della l. n. 47 del 1985.

Il difficile equilibrio tra le ratio della disciplina urbanistico-edilizia

L'esame del complesso quadro dei rapporti tra contrattazione preliminare ed il sistema di invalidità negoziale delineato dalla normativa urbanistico-edilizia non può prescindere dall'individuazione delle finalità della l. n. 47 del 1985, la quale al fine di scoraggiare e ostacolare il fenomeno dell'abusivismo

edilizio (1) ha approntato un sistema sanzionatorio che prevede, oltre a rimedi sul piano penale e amministrativo, anche la nullità benché sanabile degli atti relativi a diritti reali su immobili che presentano irregolarità rispetto alle disposizioni di legge.

Dalla disposizione di cui all'art. 40 l. n. 47 del 1985 (ora sostituita dagli art. 40 e 46 d.P.R., 6 giugno 2001, n. 380) richiamata per esteso nella decisione *de qua*, emerge infatti la predisposizione di un controllo diffuso sul rispetto delle norme edilizie inducendo gli stessi acquirenti a verificare la regolarità dell'immobile, pena la nullità benché sanabile del contratto. Tale rimedio comporta dunque una ingerenza massima del legislatore nell'autonomia privata, posto che assume, sebbene limitatamente agli atti ad efficacia reale, una funzione punitiva nel rendere incommerciabili gli immobili abusivi (2), una finalità preventiva nel salvaguardare la risorsa collettiva per lo più non rinnovabile dell'equilibrio del territorio naturale e urbano, una funzione deterrente laddove dissuade dal ricavare profitti dalla speculazione edilizia, e infine altresì una funzione di tutela del soggetto acquirente che ha stipulato un contratto relativo a un bene irregolare ponendo il suo affidamento incolpevole sulla regolarità e validità dell'affare. È evidente come alcuni dei suddetti obiettivi possano porsi in chiara opposizione con altri: basti pensare come l'interesse alla prevenzione degli abusi mal si concili con l'imposizione di limiti di operatività della regola di nullità, ovvero come la tutela dell'affidamento dell'acquirente incolpevole cozzì con l'invalidità dell'atto dispositivo. Emerge dunque una configurazione del rimedio invalidatorio peculiare per gli obiettivi e la previsione della sanabilità, per cui appare doveroso un approfondimento storico-sistematico della disciplina.

La nullità degli "atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione" era già prevista sia nella l. n. 10 del 1977 (c.d. "legge Bucalossi"), sia nella l. n. 765 del 1967 (c.d. "legge ponte"), laddove l'applicazione del rimedio civilistico era limitato alle sole ipotesi in cui l'acquirente fosse ignaro del carattere di abusività dell'immobile (3). In tali normative era quindi lampante se non prioritario il proposito di salvaguardare l'affidamento dell'acquirente (4), tutelando la certezza dei traffici giuridici a scapito del profilo pubblicistico di deterrenza del fenomeno dell'abusivismo e della funzione, generalmente assegnata alla nullità, di realizzare l'interesse generale alla prevenzione di comportamenti antigiuridici (5). La previsione della nullità, inserita tuttavia in una disposizione, l'art. 15 della legge Bucalossi, chiaramente caratterizzata da una

ratio di tutela degli interessi del solo contraente in buona fede, spinse la dottrina e la giurisprudenza a qualificare quella patologia alla stregua di una fattispecie di annullabilità (6) o di nullità relativa (7), caratterizzata da una legittimazione ad agire relativa al solo acquirente (8). Vale osservare che sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale erano allora ancorati alla tradizionale divisione dei rimedi invalidatori basati sul paradigma astratto che

Note:

(1) Si ricorda che per abusività dell'immobile si ritiene «l'attività edificatoria o, in generale, di modifica dell'assetto del territorio, che non dovrebbe essere compiuta, poiché non assentita dall'Autorità amministrativa con apposito provvedimento», così Corletto, voce *Opere abusive (Edilizia e urbanistica)*, in *Dig. priv. Sez. civ.*, 1994, 336.

(2) Si veda in merito Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la L. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. not.*, 1985, I, 523; Marmocchi, *Atti dispositivi nelle leggi 47/85 e 179/92*, in *Riv. not.*, 1992, 97.

(3) L'art. 10 comma 5 della c.d. "legge ponte" prevedeva che «gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza di una lottizzazione autorizzata». Analogamente l'art. 15, comma 7, della c.d. "legge Bucalossi" affermava che «gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione».

(4) In tal senso, cfr. Alpa, *Commento agli artt. 17-18 l. 28 luglio 1985, n. 47*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, 1082; Luminoso, *Contrattazione immobiliare e disciplina urbanistica*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale* (Atti delle Giornate di studio del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Pavia, 12 giugno 1993), Milano, 52. Per l'opinione contraria v. Donisi, *La nullità prevista dall'art. 15 della legge sulla edificabilità dei suoli*, in *Riv. giur. edil.*, 1977, II, 817.

(5) In argomento v. Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, in questa *Rivista*, 2002, 225; Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 10; Mariconda, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: le nullità relative ai terreni*, in *Corr. giur.*, 1987, 751; Liserre, *Legge e autonomia nella contrattazione immobiliare*, in *Jus*, 1986, 58.

(6) Supporta tale prospettiva Cass., 27 gennaio 1983, n. 739, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 774. In dottrina v. Mengoli, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 1990, 237; Caprioli, *Incommerciabilità degli immobili abusivi nella legge 47/1985*, in *Riv. not.*, 1994, 591.

(7) In tal senso Cass., 17 agosto 1999, n. 8685, in *Mass. Giur. it.*, 1999.

(8) Si veda in generale sull'argomento Schlesinger, *Commento alla l. 28 gennaio 1977, n. 10*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 121; Marani, *sub Art. 17, in Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella l. 28 febbraio 1985, n. 47*, a cura di Gianolio, Rimini, 1985, 234. Non mancava chi invece, non riconoscendo una posizione pziore alla funzione di protezione dell'acquirente affermava una nullità peculiare definita "condizionata" volta a contemperare le esigenze repressive con quelle di tutela della sicurezza dei traffici (così Donisi, *La nullità prevista dall'art. 15 della legge sulla edificabilità dei suoli*, cit., 817).

circoscrive la sua attenzione alla "fattispecie" contrattuale (9).

La suddetta disposizione risultava anodina oltre che nella qualificazione rimediata anche con riferimento alla natura e all'ambito di applicazione. Infatti, sebbene la posizione prevalente in dottrina ritenesse la causa di invalidità derivante dalla mancanza dell'elemento della dichiarazione di conoscenza da parte dell'acquirente, che assurgeva dunque a requisito di validità ovvero a elemento costitutivo del contenuto dell'atto (10), altra parte della dottrina, avvalorata da un *obiter* della Cassazione, ricostruiva la nullità come scaturente da una condizione del bene (11).

Non maggiore chiarezza offriva la normativa laddove sanciva quali destinatari della sanzione «gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie». A tale formulazione alquanto generica si contrapponeva il riferimento all'«acquirente», che pareva restringere il campo di applicazione ai meri contratti di compravendita. La dottrina tuttavia fu pacifica nell'interpretare il suddetto termine, probabilmente frutto della distrazione o superficialità del legislatore, in senso estensivo al pari di «avente causa», termine che ricomprende anche le fattispecie contrattuali diverse dalla vendita.

Fonte di divisioni in seno alla dottrina fu invece la sommaria e indefinita espressione «atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie», la quale lasciava in sospeso tre rilevanti questioni: la riferibilità anche agli atti ad effetti obbligatori, tra i quali spicca il contratto preliminare, o ai soli atti ad effetti reali; la possibilità o meno di rendere nulli gli atti relativi ad unità edilizie costruite in totale difformità, posta l'invalidità degli atti aventi ad oggetto edifici realizzati in assenza di concessione edilizia; e infine la problematica relativa alla applicazione o meno della sanzione alle unità immobiliari non autonome (12). La messa *extra commercium* degli immobili abusivi ristretta ai casi in cui l'acquirente non fosse a conoscenza dell'irregolarità aveva comportato una sempre maggiore diffusione nella prassi della clausola d'uso che attestava la conoscenza dello stato di irregolarità dell'unità edilizia, obliterando quindi la finalità di disincentivare, attraverso la declaratoria di invalidità, l'edificazione di immobili privi di concessione (13). Tuttavia neppure la funzione di tutela dell'acquirente, nella quale come detto certa dottrina individuava la *ratio* primaria della normativa, era pienamente realizzata laddove il drastico rimedio della nullità assoluta pregiudicava l'interesse dell'acquirente, sovente in stato di debolezza, a conservare il godimento dell'immobile (14).

Il contemperamento tra le opposte esigenze di ostacolare il fenomeno dell'abusivismo, da una parte, e la salvaguardia del traffico giuridico che include la tutela dell'acquirente, dall'altra, sbilanciato a favore della seconda nella legge Bucalossi, viene perfezionato con la l. n. 47 del 1985 (c.d. «sul condono edilizio») diretta ad assicurare che le modifiche dell'assetto territoriale avvengano in accordo con gli strumenti urbanistici, nel senso di limitare maggiormente il regime di incommerciabilità degli immobili irregolari.

Infatti attraverso il combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 17 comma 1 e 40 cpv., pur evitando di rendere incommerciabili i beni irregolari, si impongono precisi requisiti di validità a determinati atti riguardanti gli immobili abusivi, eliminando il riferimento alla conoscenza in capo all'acquirente del difetto di concessione (15). Si superano dunque

Note:

(9) È infatti relativamente recente il fenomeno delle c.d. nullità speciali ovvero quelle forme di nullità testuali di protezione, costituenti ipotesi catalogabili come nullità virtuali di protezione, ovvero fattispecie in cui la nullità opera anche in assenza di un'indicazione espressa. Rappresentano queste le c.d. «nullità di nuova specie» in cui oltre a prevedere la riserva di legittimazione solamente in capo al contraente protetto, si stabilisce la parzialità necessaria dell'invalidità. Sul punto si vedano *ex multis* Pagliantini, *Le forme della nullità*, Torino, 2009, *passim*; Passagnoli, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*.

(10) Cfr. Donisi, *La nullità prevista dall'art. 15 della legge sulla edificabilità dei suoli*, cit., 832.

(11) In tal senso Schlesinger, *Commento alla l. 28 gennaio 1977, n. 10*, cit., 121, supportato da Cass., 27 gennaio 1983, n. 739, in *Riv. giur. edil.*, 1983, I, 774.

(12) Sul dibattito che ha interessato la dottrina in argomento si veda Donisi, *La nullità prevista dall'art. 15 della legge sulla edificabilità dei suoli*, cit., 832; Schlesinger, *Commento alla l. 28 gennaio 1977, n. 10*, cit., 121; Predieri, *La l. 28 gennaio 1977, n. 10 sulla edificabilità dei suoli*, Milano, 1977; Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili*, cit., 538; Iannelli, *Sulla nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 718.

(13) Cfr. in merito Dionisi, *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Napoli, 1986.

(14) In proposito Liserre, *Legge e autonomia nella contrattazione immobiliare*, cit., 64, osserva che «lo strumento della nullità dell'alienazione sacrifica radicalmente l'esigenza dell'acquirente, specie se in stato di necessità, di permanere nel godimento dell'immobile e di assicurarsi l'utilità conseguente ad una piena realizzazione della sua connotazione legale come abitazione».

(15) Le due norme accomunate dalla medesima *ratio* si distinguono in quanto l'art. 40 si applica ai contratti aventi ad oggetto la compravendita di edifici la cui costruzione è iniziata dopo il 1° settembre 1967 e fino all'entrata in vigore della l. n. 47 del 1985, mentre l'art. 17 riguarda gli edifici la cui costruzione è iniziata successivamente. Si distinguono tuttavia in quanto l'art. 40, cpv., fa riferimento agli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali, laddove l'art. 17 afferisce agli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali. In proposito, come argutamente osser-

(segue)

le su esaminate criticità della precedente disciplina laddove, oltre a precisare esplicitamente quali destinatari dei precetti sia «edifici» sia «loro parti», si specifica puntualmente la latitudine di applicabilità limitandola agli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali, con l'espressa estromissione degli atti di costituzione, modificazione o estinzione di diritti reali di garanzia o di servitù.

La sanzione civile della nullità è in tale normativa collegata alla mancata apposizione all'atto della dichiarazione dell'alienante da cui risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare ovvero ancora della concessioni in sanatoria con gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate della oblazione (16). Si aggiunge inoltre che, nel caso in cui difettino tali elementi formali, sebbene al tempo di stipula dell'atto relativo a beni immobili sia comunque sussistente la concessione edilizia o atti equivalenti, anche una sola delle parti contraenti può confermare l'elemento mancante redigendo un atto successivo che completi il primo.

Dall'analisi delle disposizioni di cui sopra emerge con maggiore forza il tentativo del legislatore di individuare il difficile punto di convergenza tra la prospettiva sanzionatoria diretta a reprimere *tout court* l'abuso sottraendolo alla disponibilità delle parti contraenti, l'opposta esigenza di tutela dell'interesse particolare dell'acquirente ad evitare la nullità dell'atto, e la necessità di salvaguardare l'interesse generale al traffico giuridico.

Natura della nullità negoziale della legge sul condono edilizio (l. n. 47 del 1985)

La difficile posizione del legislatore, al centro di un vortice di opposte tendenze, ha prodotto un singolare regime sanzionatorio che, pur prevedendo la nullità, non assoggetta a invalidità gli atti di compravendita di edifici la cui originaria abusività sia stata successivamente oggetto di sanatoria, ovvero, sebbene non ancora sanata al momento della stipula del negozio, sia idonea a venir meno in seguito alla concessione in sanatoria *ex silentio* o in virtù di un provvedimento della Pubblica Amministrazione (17).

Un rimedio siffatto che accosta alla severa sanzione della nullità la conferma dell'atto nullo pare riflettere la stessa equivocità che caratterizza le finalità della legge, giacché pur costituendo *prima facie* un mezzo di tutela diretto a colpire in maniera pressoché chirurgica esclusivamente i contratti relativi a immobili concretamente abusivi e non più suscettibili di sanatoria, appare inadeguato di fronte alla fattispecie idiosincratica in cui un soggetto che alieni un

edificio costruito con regolare concessione edilizia, ovvero un immobile abusivo, ma con richiesta di concessione in sanatoria inoltrata alla Amministrazione competente, ometta per semplice negligenza di allegare la concessione o la domanda di concessione. In altre parole, nella doverosa attività ermeneutica richiesta dalla legge sul condono edilizio, è pregiudiziale stabilire se il legislatore abbia voluto far prevalere il dato formale della presenza delle attestazioni, in ipotesi anche mendaci, delineando dunque una fattispecie di nullità testuale, ovvero la sostanza di atti relativi ad immobili regolari benché privi dei requisiti di forma prescritti dalla norma, per mezzo di una nullità meramente virtuale (18).

Come correttamente ricordato dalla decisione in epigrafe, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie propendono per una qualificazione della natura della suddetta nullità in senso testuale e documentale, riconducibile, nel sistema generale delle invalidità, all'ultimo comma dell'art. 1418 c.c. (19).

Note:

(continua nota 15)

va Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 10, «sarebbe del tutto irragionevole incidere con maggiore efficacia sulle contrattazioni tra privati aventi ad oggetto costruzioni iniziate prima dell'entrata in vigore della legge, inducono ad imputare ad una «svista» del legislatore la differente formulazione dell'art. 40, comma 2°, e a ritenere quindi in ogni caso operante la limitazione di atti rilevanti indicata dall'art. 17, comma 1». Residua tuttavia la peregrina ipotesi, sostenuta da Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili*, cit., 525, che la il legislatore abbia voluto favorire, con la maggiore latitudine di cui all'art. 40, cpv, (relativo alle costruzioni iniziate prima il vigore della l. n. 47 del 1985), il ricorso al condono, permettendo il rientro nella sfera della legalità degli immobili abusivi.

(16) Si veda in merito come la giurisprudenza abbia interpretato la disposizione di cui all'art. 40 l. n. 47 del 1985 in senso lato laddove si è ritenuto pleonastico allegazione «oltre alla copia della domanda in sanatoria anche della copia della ricevuta del versamento dell'oblazione, essendo sufficiente la prova dell'avvenuto pagamento», così Trib. Como, 17 novembre 1987, in *Vita not.*, 1988, 843.

(17) A condizione che l'alienante produca, in allegato al contratto, tutti i documenti aventi valenza di prova dell'avvenuta presentazione della domanda di concessione in sanatoria.

(18) Prima che il legislatore approntasse una disciplina specifica in materia la giurisprudenza era divisa tra chi affermava la nullità dell'immobile privo di concessione edilizia per nullità dell'oggetto (Trib. Venezia, 9 febbraio 1978, in *Foro it.*, 1978, I, 1794) e chi considerava il contratto preliminare di un edificio irregolare valido ma suscettibile di risoluzione (Cass., 24 febbraio 1982, n. 1139, in *Foro it.*, 1982, I, 2436).

(19) Si veda in merito la decisione, citata nella pronuncia in commento, di cui Cass., 15 giugno 2000, n. 8147, in questa *Rivista*, 2001, 13, con nota di Angiuli; in *Riv. not.*, 2001, 142, con nota di Casu; Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Giur. it.*, 1998, 32; Cass. 22 febbraio 1995, n. 1981, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 411. Sposano la tesi della nullità formale: Mengoli, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, cit., 171; Alpa, *Questioni*

(segue)

Infatti è opportuno rilevare come la qualificazione della nullità in senso formale appaia in accordo con le finalità cui anela la legge sul condono edilizio con riferimento alla tutela dell'acquirente. Si ricorda invece che la normativa consente di salvaguardare l'affidamento di quest'ultimo alla regolarità dell'immobile in quanto la dichiarazione dell'alienante, contenente gli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria, rappresenta un adeguato strumento informativo relativo all'eventuale sussistenza di irregolarità. La sanzione invalidante permette inoltre di tutelare l'interesse generale alla prevenzione di comportamenti antigiusuridici in relazione alla costruzione di edifici abusivi poiché attraverso l'indicazione degli elementi formali si limita fortemente la circolazione dell'immobile. Infatti la menzione degli estremi della concessione risulterebbe appunto inattuabile in caso di assenza della concessione (20), la quale costituisce un provvedimento amministrativo dell'autorità comunale. La nullità formale quindi assolve alla funzione di porre *extra commercium* gli immobili abusivi.

Inoltre dalla lettera delle norme di cui agli artt. 17 e 40 l. n. 47 del 1985 si palesa come il legislatore abbia voluto elevare a requisito di validità la sussistenza di determinate dichiarazioni. Spie di tale configurazione risultano, al comma 4 dell'art. 40, la previsione del rimedio della conferma dell'atto nullo per mezzo di un atto successivo «redatto nella stessa forma del precedente», ed il riferimento alla «menzione» degli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria. Peraltro l'esplicito richiamo alla nullità esclude la configurazione di un'invalidità virtuale, vale a dire di una nullità scaturente da una ricostruzione ermeneutica che collega il contratto agli scopi perseguiti dal precetto trasgredito: tale attività interpretativa è soggetta a inevitabili oscillazioni casistiche condizionate dalla volontà dei contraenti.

È opportuno precisare che proprio l'elemento della conferma non realizza tecnicamente una sanatoria in quanto non integra una vera e propria convalida, bensì la nuova dichiarazione di un atto già fornito di concessione e quindi sostanzialmente regolare (21): come afferma una decisione della Cassazione infatti la conferma è permessa «in dipendenza di carenze formali della precedente stipulazione e non in presenza dell'insussistenza all'epoca di essa, dei requisiti sostanziali per la commerciabilità del bene» (22). Sebbene certa dottrina abbia interpretato la conferma in senso riduttivo alla stregua di una condizione di efficacia del contratto di vendita (23), ovvero di una dichiarazione di scienza con funzione integrativa del contratto (24), in modo da non renderla in

ogni caso idonea a sanare il contratto qualora risulti mendace, l'interpretazione sistematica induce a ritenere la conferma quale «rimedio convalidante» che consente di far riacquistare validità al contratto nullo, compatibilmente con il disposto codicistico di cui all'art. 1423 c.c. e con la finalità legislativa di salvaguardare il traffico giuridico. Infatti osservando le altre due ipotesi codicistiche in cui si rinviene la conferma, ovvero l'art. 590 c.c., in tema di disposizione testamentaria da parte di chi conosce la causa della nullità, e l'analogo art. 799 c.c. relativo alla donazione, si evidenzia che in entrambe la conferma è tratteggiata come una facoltà che, rispettivamente l'esecutore dell'atto *mortis causa* e gli eredi o aventi causa del donante, possono esercitare unicamente dopo la morte del *de cuius* o del donante, in quanto, in ossequio all'ordine pubblico generale, si ristabilisce la validità di atti viziati *ab origine*, riconosciuti meritevoli di tutela da parte del legislatore (25).

La posizione che qualifica la nullità di cui all'art. 40 della legge sul condono edilizio come un'ipotesi di nullità formale non riscontra tuttavia l'unanimità della dottrina. Infatti la suddetta configurazione conduce potenzialmente ad una discrasia tra forma e sostanza, potendo comportare la declaratoria di nul-

Note:

(continua nota 19)

relative alla nozione di nullità nella legge del condono edilizio, in *Riv. giur. edil.*, 1086, 92; Tozzi, *La peculiare conferma prevista negli artt. 17, 4° comma e 40, 3° comma, della legge n. 47 del 1985*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 653; Santarcangelo, *La nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47: casi e questioni*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale* (Atti delle Giornate di studio del Comitato Regionale Notarile Lombardo, Pavia, 12 giugno 1993), Milano, 132; Luminoso, *Contrattazione immobiliare e disciplina urbanistica*, cit., 59; Marmocchi, *Atti dispositivi nelle leggi 47/85 e 179/92*, in *Riv. not.*, 1992, 100.

(20) In seguito al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*, la concessione edilizia è stata sostituita dal c.d. permesso di costruire.

(21) Infatti come correttamente osserva Cass., 15 giugno 2000, n. 8147, in questa *Rivista*, 2001, 13, la conferma «deve risolversi in un nuovo o distinto atto, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti, avente i medesimi requisiti formali del precedente, ed in forme che non ammettono equipollenti».

(22) In tal senso Cass., 17 agosto 1999, n. 8685, in questa *Rivista*, 2000, 9, con nota di Besozzi.

(23) Così Negro, *Prime osservazioni sulla nullità di cui alla l. 47 del 1985*, in *Resp. civ.*, 1985, 171.

(24) Cfr. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio (prime impressioni sulla legge 28.2.1985 n. 47)*, in *Quadrimestre*, 1985, 325.

(25) Si veda in merito Tozzi, *La peculiare conferma*, cit., 653; Santarcangelo, *La nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, cit. 143; Bergamaschi, *La nullità degli atti giuridici relativi ad edifici nella legge cosiddetta di condono edilizio*, in *Arch. civ.*, 1986, 583.

lità anche di un contratto di vendita regolare benché mancante, anche per mera dimenticanza, del requisito formale, o viceversa la validità di un contratto cui si accompagna l'indicazione di estremi falsa. Conseguentemente alcuni autori hanno ritenuto che ai fini della validità del negozio sia necessaria la considerazione della reale e oggettiva situazione giuridica in cui versa l'immobile (26).

Seguendo la prospettiva sostanzialistica di una nullità virtuale derivante dalla l. n. 47 del 1985 si realizzerebbe un maggiore bilanciamento di interessi in quanto si garantirebbe un determinato grado di effettività nel traffico giuridico, posto che si comminerebbe la nullità ad ogni contratto che trasferisca diritti reali su beni immobili abusivi, in virtù della regola generale prevista a salvaguardia delle norme imperative dall'art. 1418 comma 1 c.c. Tale ricostruzione è però contraddetta da alcune considerazioni. In primo luogo si osserva, come giustamente nota la decisione in analisi, che dalla limitazione della sanzione civile ai soli atti immediatamente traslativi emerge che il legislatore non abbia voluto sottrarre completamente al traffico giuridico gli immobili privi di concessione, conservando la validità agli atti ad effetti obbligatori: l'elemento di disvalore assegnato all'abuso edilizio rileva dunque solo in quanto la disciplina vieta di stipulare validamente contratti ad efficacia reale. Inoltre si ravvisa come la nullità di cui all'art. 40 non discende dal difetto di uno degli elementi essenziali ma risulta espressamente prevista, rappresentando dunque uno dei casi ascrivibili al comma 3 dell'art. 1418 c.c. Infine qualora prevalesse l'impostazione sostanzialistica della nullità si svuoterebbe la valenza della concessione quale mezzo informativo, a beneficio dell'acquirente, relativo alla situazione giuridica dell'immobile oggetto del contratto.

È possibile però individuare una posizione intermedia che ammette entrambe le su esaminate ipotesi di invalidità a secondo della sussistenza e veridicità o meno della concessione. Sul piano rimediabile dunque si osserverebbe una nullità formale, suscettibile di sanatoria con una successiva conferma, in caso di mancata indicazione degli elementi formali, ed una nullità sostanziale in ipotesi di assenza del provvedimento richiesto (27). Tale indirizzo tuttavia conferma l'interpretazione formale della nullità prevista dalla normativa sul condono edilizio, posto che l'invalidità resta pur sempre collegata al mancato rispetto di prescrizioni di forma e, in determinate ipotesi, risulta sanabile per mezzo dell'istituto della conferma se la mancata indicazione degli estremi della licenza o della concessione edilizia non sia di-

pesa da insussistenza del provvedimento amministrativo al tempo del perfezionamento del contratto. Infatti la nullità sanziona gli atti con i quali sono trasferiti diritti reali su immobili nel caso in cui non sia allegata la dichiarazione degli estremi della concessione edilizia o degli estremi della domanda di concessione in sanatoria, colpendo la mera inosservanza di un obbligo formale in capo al venditore. Tale obbligo è diretto a rendere edotto l'acquirente delle condizioni del bene o a consentirgli di compiere gli accertamenti sulla regolarità dell'immobile stesso attraverso il raffronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia, ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria. Tuttavia non si prevede alcuna invalidità in seguito alla mera difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione, per cui saranno attratti nella declaratoria di nullità o nell'impedimento alla pronuncia sostitutiva del preliminare ex art. 2932 c.c., solo gli atti relativi a immobili edificati in maniera tale da non potere essere ricondotti alla previsione contenuta nella licenza o nella concessione (28).

L'interpretazione della nullità di cui all'art. 40 in senso formale consente quindi alla normativa di adempiere ad una duplice funzione: da un lato quella particolare di tutela dell'acquirente nel conoscere la situazione giuridica dell'immobile e perciò di essere maggiormente garantito al momento dell'acquisto, dall'altro quella generale di ostacolo al fenomeno dell'abusivismo pur senza impedire *ab imis* la commerciabilità degli immobili irregolari.

Note:

(26) In tal senso si esprimono Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici*, cit., 326; Mariconda, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo*, cit., 751; Cardarelli, *La l. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notariale*, in *Riv. not.*, I, 1986, 272.

(27) Sostengono tale tesi Bergamaschi, *La nullità degli atti giuridici relativi ad edifici nella legge cosiddetta di condono edilizio*, cit., 584; Maestroni, *Il recupero del negozio nullo nella l. 47/1985*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, cit., 158; Nacci, *Lottizzazione abusiva e contratto preliminare*, in *Giust. civ.*, 1991, 1, 2468; Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 497; Tondo, *Commento all'art. 17*, in AA.VV., *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di Predieri, Roma, 1985, 220.

(28) In proposito giova ricordare che sono ritenuti interventi realizzati in totale difformità dal permesso di costruire quelli che implicano la costruzione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche di utilizzazione, tipologiche o plano-volumetriche, dall'immobile che ha ottenuto la concessione, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi che superino i limiti fissati nel progetto in modo da costituire un organismo edilizio o parte di esso autonomamente utilizzabile e che abbia una specifica rilevanza.

Applicabilità al preliminare dell'invalidità della normativa edilizia

Esaminata la nullità degli atti dispositivi qualora manchino i requisiti formali, è opportuno concentrare l'analisi sulla riferibilità ai contratti preliminari della suddetta normativa, verificando quindi la possibilità di esperire l'azione di esecuzione in forma specifica al fine di ottenere, come richiesto nel caso in specie dalla parte attorea, una sentenza costitutiva del preliminare di vendita rimasto inadempito. In merito alla validità di un contratto preliminare privo degli elementi formali richiesti dagli artt. 17 e 40 l. n. 47 del 1985 si registra un interessante dibattito che coinvolge sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale. È nettamente individuabile un orientamento dottrinario maggioritario, suffragato in maniera coriacea dalla giurisprudenza di legittimità, che sostiene la limitazione dell'invalidità ai soli contratti definitivi aventi efficacia reale (29). La lettera dell'art. 40 della legge sul condono edilizio afferma esplicitamente nel circoscrivere il suo ambito applicativo che essa concerne esclusivamente i contratti che trasferiscono diritti reali, per cui, considerando il preliminare come produttivo di soli effetti obbligatori, ovvero come un *pactum de contrahendo* fonte di un mero obbligo di *facere* (30), la posizione prevalente esclude i contratti preliminari dal raggio d'azione della nullità di cui agli artt. 17 e 40 (31).

Tale conclusione non è tuttavia scevra di obiezioni (32). Si potrebbe infatti ritenere il contratto preliminare ad ogni modo preordinato al trasferimento del diritto reale, visto che l'art. 2932 c.c., appartenente alla categoria concettuale dell'obbligo a contrarre, attribuisce a ciascuna parte il diritto di reagire all'inadempimento dell'altra, con la proposizione di una domanda giudiziale volta ad ottenere una sentenza che produce gli effetti del contratto non stipulato (33). Inoltre vale ricordare che la novella dell'art. 2645-bis c.c. ha introdotto la possibilità di trascrivere il preliminare di un negozio traslativo, per cui il promissario, sebbene non acquisti ancora la proprietà, per effetto della trascrizione acquisisce una sorta di "diritto all'acquisto" opponibile ai terzi (34).

Lo statuto giuridico del promissario acquirente è stato progressivamente rinforzato anche dal formante giurisprudenziale come testimoniato da numerose pronunce di legittimità. Risulta oramai pacifico che il promissario acquirente, attraverso la diretta applicazione della normativa a garanzia del venditore, possa esperire l'azione estimatoria e di eliminazione

dei vizi, e inoltre, anche disgiuntamente da queste,

Note:

(29) Si ricorda *ex pluribus* Cass., 1 settembre 1997, n. 8335, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1597, che ha affermato che «la sanzione della nullità prevista dall'art. 40 l. n. 47 del 1985 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria deve ritenersi limitata ai trasferimenti aventi effetto reale, e non anche estesa ai contratti dalla efficacia meramente obbligatoria (quale un preliminare di vendita), in relazione ai quali trova, pertanto, applicazione la (diversa) norma di cui all'art. 15 della l. n. 10 del 1977, a mente della quale la nullità di tali contratti, se relativi ad immobili privi di concessione, non può essere fatta valere in giudizio qualora risulti che il promissario acquirente fosse a conoscenza della circostanza della mancata concessione, e che tale conoscenza emerga inequivocamente dal contenuto dell'atto».

(30) Per il tradizionale orientamento in tema di qualificazione del preliminare si rinvia in generale all'approfondita analisi storica di Paladini-Giusti, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, *passim*; Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1998, 311; Cian-Trabucchi, *Commentario breve al codice civile, sub art. 1351*, Padova, 1991.

(31) In tal senso Cass., 3 settembre 1993, n. 9313, in *Foro it.*, 1994, I, 450; Cass., 2 aprile 1996, n. 3028, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 843; Cass., 9 luglio 1994, n. 6493, in *Foro amm.*, I, 2509; Cass., 3 settembre 1993, n. 9313, in questa *Rivista*, 1993, 633; Cass., 1 settembre 1997, n. 8335, in *Gius.*, 1998, I, 45; Trib. Napoli, 3 febbraio 1989, n. 1548, in *Dir. giur.*, 1990, 802; Trib. Napoli, 20 febbraio 1989, in *Riv. not.*, 1990, 186. In dottrina v. Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge del condono edilizio*, cit., 98; Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili*, cit., 550; Cardarelli, *La l. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, cit., 280; Santarcangelo, *La nullità nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, cit., 132; Id., *Condono edilizio - Formalità e nullità degli atti tra vivi*, Milano, 1991, 352; Tondo, *Commento all'art. 17*, cit., 220; Bottaro, *La L. 28 febbraio 1985 n. 47 nella contrattazione immobiliare: problemi ed esperienza dei primi due anni*, in *Riv. not.*, 1987, 29; Marmocchi, *Profili di diritto civile della legge del condono edilizio*, ivi, 1989, 315; Pacifico, *Le invalidità degli atti notarili*, Milano, 1992, 298; Sala, *Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1326; Areniello, *Validità del preliminare di vendita di fabbricati abusivi*, in *Corr. giur.*, 1994, 87; Casu - Raiti, *Condono edilizio e attività negoziale*, Milano, 1999, 20; Migliori Jr., *Esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contratto preliminare e Legge 47/1985*, in *Riv. not.*, 1997, 1489; Leo, *Contratto preliminare e disciplina urbanistica*, in questa *Rivista*, 1998, 423.

(32) L'estensione dell'applicazione degli artt. 17 e 40 al contratto preliminare è sostenuto tra gli altri da Marani, *sub Art. 17*, in *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella l. 28 febbraio 1985, n. 47*, cit., 234.

(33) Si vedano in merito le osservazioni di Amoroso, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, 1964, 421; Chianale, *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1989, 279; Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra il contratto preliminare e il contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 286; Proto Pisani, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1895.

(34) Sugli effetti della trascrivibilità del preliminare si vedano Luminoso, *La compravendita*, III, Torino, 2003, 379; Corrias, *La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 1005; Carrabba, *La trascrizione del contratto preliminare*, Napoli, 1998, 63-91.

chiedere l'esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c., in base all'impegno traslativo assunto dal promittente venditore con il preliminare, che rappresenta la fonte diretta delle situazioni giuridiche soggettive dei contraenti (35). La sentenza del giudice infatti non si sostituisce alla volontà delle parti ma la suggella dando esecuzione ad un accordo già perfezionato.

Più recentemente il *trend* evolutivo è stato arricchito da ulteriori tasselli. Si è infatti deciso che in ipotesi di sopravvenuto fallimento di un costruttore, il curatore non possa esercitare la sua facoltà di risoluzione qualora la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto sia stata trascritta prima della dichiarazione di fallimento (36). Inoltre in materia di preliminare di vendita di cosa altrui, si è riconosciuto al promittente alienante la possibilità di adempiere anche facendo ottenere alla controparte il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario, senza che egli stesso debba prima procurarsi la proprietà per poi ritrasferirla al promissario acquirente (37).

Tale evoluzione della natura del preliminare è stata confermata in ultimo dal d.lgs. n. 169 del 2007, il quale, novellando l'art. 72 l. fall. in riferimento agli immobili ad uso abitativo, ha stabilito che con l'apertura del fallimento del venditore il contratto preliminare prosegue tra le parti ed il curatore è tenuto a stipulare il contratto definitivo se l'immobile è destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente.

Emerge quindi una raffigurazione del preliminare quale momento di una sequenza procedimentale diretta alla realizzazione di un assetto di interessi prodromico a quello che si concretizza solo con il perfezionamento del definitivo. Il diritto che sorge dalla figura negoziale in esame assume quindi sostanzialmente le vesti di uno *ius ad rem* più che di semplice diritto di credito ad un mero *facere* avente contenuto contrattuale.

L'estensione del rimedio della nullità di cui all'art. 40 l. n. 47 del 1985 ai contratti preliminari permetterebbe indubbiamente di precorrere la funzione di deterrenza rappresentata dalla legge sul condono edilizio, disincentivando la circolazione degli immobili irregolari, la quale altrimenti potrebbe profittare dell'utilizzo di figure negoziali atipiche, quali il preliminare c.d. ad effetti anticipati, per finalità sostanzialmente elusive delle norme edilizie. Si tratta di un fenomeno notevolmente diffuso nella prassi immobiliare in varie epifanie, laddove alla stipula di un contratto preliminare le parti prevedono la conse-

gna materiale del bene, anticipata rispetto al rogito notarile, in corrispettivo della dazione di somme da imputarsi a pagamento di tutto o di una parte consistente del prezzo. L'abituale impiego di questa figura si giustifica, oltre che per gli evidenti vantaggi fiscali, con la sempre più frequente esigenza nei traffici economico-giuridici di implementare la funzione di controllo già presente nel contratto preliminare c.d. puro, in cui vi è la semplice obbligazione alla prestazione del consenso per la stipula del contratto definitivo. Infatti con tale negozio il promittente alienante realizza subito il corrispettivo, integralmente o in parte, e il promissario acquirente, godendo immediatamente del bene, ha l'opportunità di verificare l'effettiva utilità e di percepire da esso un reddito, se tale bene è prontamente sfruttabile economicamente (38).

Sebbene l'ipotesi estensiva dell'invalidità ai preliminari presenti profili suggestivi e di evidente utilità deterrente, è possibile rintracciare argomenti che propendono per privilegiare la tesi, sposata dalla sentenza *de qua*, che mantiene validi tali contratti benché privi degli elementi di regolarità previsti dalla legge.

Oltre al tenore letterale della norma, la quale menziona solo gli atti aventi ad oggetto diritti reali, si osserva come dopo la stipula del contratto preliminare ben possa intervenire la concessione in sanatoria

Note:

(35) Cfr. in merito Cass., 22 luglio 1977, n. 3272, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 229 seguita da Cass., 25 febbraio 1985, n. 1720, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1631.

(36) Cfr. Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, n. 12505, in *Corr. giur.*, 2004, 1451.

(37) In tal senso si veda Cass., Sez. Un., 11 maggio 2006, n. 11624, in *Corr. giur.*, 2006, 1394.

(38) Sull'interessante dibattito relativo alla natura del preliminare c.d. ad effetti anticipati si veda, per la tesi che sostiene la riconducibilità del preliminare c.d. ad effetti anticipati al contratto definitivo, Amoroso, *Contratto preliminare di vendita e termine essenziale*, in *Dir. e giur.*, 1964, 421; Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra il contratto preliminare e il contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 286; Proto Pisani, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1895. La compatibilità tra preliminare e esecuzione anticipata delle prestazioni è invece patrocinata da Bianca, *Osservazioni sull'obbligo preliminare di vendita*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 154; De Matteis, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991, 50; Gabrielli, *Il contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 415. Asseriscono la natura giuridica di contratto atipico e contratto misto rispettivamente Rocchio, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e circolazione dei diritti in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2004, 1457, e Alessi, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1972, 450.

degli abusi edilizi (39), con la conseguenza che, in questa ipotesi, si escluderebbe l'invalidità del contratto definitivo, ovvero si potrebbe ottenere una decisione di esecuzione in forma specifica del preliminare (40).

Sul piano funzionale è opportuno considerare che assegnando alla nullità prevista dagli art. 17 e 40 una valenza sostanziale e assoluta, in modo da estendere la sua portata anche ai preliminari, non si comprenderebbe la scelta del legislatore di preservare dalla sanzione dell'incommerciabilità i contratti ad effetti obbligatori, che costituiscono un segmento importante del mercato immobiliare, e di prevedere una serie di requisiti per la validità degli atti ad efficacia reale (41).

Inoltre se pare pacifica la natura speciale della fattispecie di invalidità contenuta nella disciplina edilizia, la quale, come detto, tratteggia una nullità oggetto di sanatoria, subordinata alla dichiarazione dell'alienante l'immobile o comunque connessa alla presenza delle attestazioni formali, non è dunque suscettibile di applicazione analogica o estensiva a ipotesi non espressamente previste dalla legge (42). Vi è altresì un argomento sistematico che milita a favore dell'inapplicabilità ai preliminari della nullità prevista nelle norme suddette. Infatti l'art. 47 comma 1 l. n. 47 del 1985 stabilisce in favore dell'acquirente di un immobile o di parte di esso il diritto di prendere visione presso gli uffici comunali di qualsiasi documento relativo all'immobile stesso e di ottenere ogni certificazione relativa, precisando che tale diritto è attribuito anche nel caso in cui l'acquisto avvenga «sulla base di contratto preliminare di vendita con sottoscrizioni autenticate». Risulta palese come la suddetta disposizione si dimostrerebbe pletorica se non irragionevole qualora si riconoscesse cittadinanza all'applicazione in via ermeneutica della nullità ai contratti preliminari privi delle formalità edilizie; al contrario appare compatibile con l'interpretazione limitativa, là dove il diritto di informazione si giustifica nell'ottica di una possibile integrazione del preliminare relativo ad un immobile regolare benché mancante della concessione edilizia, al fine di poter agire con l'esecuzione in forma specifica (43).

Infine non sembra fondata la possibilità di sostenere la nullità del preliminare muovendo dall'art. 1351 c.c. che prescrive la nullità del contratto preliminare qualora non sia redatto nella medesima forma (*per relationem*) del definitivo. Infatti, come osserva la pronuncia in commento, tale previsione intende riferirsi alla forma in senso stretto, ovvero quale modalità attraverso cui la volontà dei contraenti si rende esteriormente visibile, non suscettibile di com-

prendere i requisiti formali di cui agli art. 17 e 40 l. n. 47 del 1985, i quali rappresentano semmai un elemento integrativo del contenuto del contratto (44). Peraltro si osserva come l'applicazione dell'art. 1351 c.c. in senso ampio, includendo quindi anche gli adempimenti previsti per il definitivo, svuoterebbe la tradizionale funzione assunta dal preliminare di «controllo delle sopravvenienze» (45), ovvero di impegnare i contraenti alla futura stipula, a condizioni e termini fissati in esso, di un successivo contratto definitivo. In tal modo infatti le parti possono avvalersi della possibilità, propria dello *spatium temporis* intercorrente tra preliminare e definitivo, non solo o non tanto di rinnovare il giudizio di convenienza del negozio, ma anche di verificare eventuali mutamenti obiettivi del contratto, quali la corrispondenza dell'immobile alla normativa urbanistico-edilizia, senza patire gli oneri fiscali di un'operazione non ancora matura per l'adempimento, la cui attuazione potrebbe risultare concretamente preclusa (46).

Note:

(39) Il presupposto di accoglimento della sanatoria è la conformità dell'intervento edilizio alla disciplina urbanistica vigente al momento della sua realizzazione e a quello della presentazione della domanda di sanatoria, come sostiene Cons. Stato, 12 dicembre 2006, n. 6474, in *www.giustamm.it*; Cons. Stato, 26 aprile 2006, n. 2306, in *www.giustamm.it*; Tar Lombardia, 9 giugno 2006, n. 1352, in *Urb. e app.*, 2007, 339, con nota di Travi, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive un istituto che non convince*.

(40) In argomento cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20258, in *Giust. civ.*, 2010, 335; Cass., 17 giugno 1999, n. 6018, in *Riv. not.*, 2000, 445, con nota di Casu; Cass., 11 luglio 2005, n. 14489, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass., 24 aprile 2007, n. 9849, *ivi*, 2007, 4.

(41) Sul punto cfr. Cass., 18 agosto 2004, n. 20399, in *Contratti*, 2005, 409, con nota di Selvini, *Buona fede e contratto preliminare ad effetti anticipati*; Cass., 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. not.*, 2004, 304, con nota di Bucciarelli Ducci, *La Cassazione si pronuncia sulla natura della nullità in materia di un atto di natura urbanistica: osservazioni alla luce del testo unico 380/2001*.

(42) Si vedano in merito le osservazioni di Alpa, *Commento agli artt. 17 - 18 l. 28/07/85*, n. 47, cit., 1083, e Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, cit., 230.

(43) Sul punto cfr. Pisu, *Il preliminare di compravendita immobiliare e la nullità sancita dagli artt. 17 e 40 della l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 426; Putti, *Contrattazione preliminare e sistema di invalidità negoziale*, cit., 230.

(44) Si veda in merito Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari (artt. 17, 18 e 40)*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 395.

(45) *Ex multis* cfr. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, 152.

(46) In argomento cfr. Cardarelli, *La l. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, cit., 280; Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, cit., 14; Sala, *Preliminare di compravendita di immobile irregolare e tutela del promissario acquirente*, cit., 1327.

Giova precisare che l'inammissibilità della sanzione dell'invalidità nei confronti del preliminare non lascerebbe privo di tutela il promissario acquirente, il quale potrebbe esperire l'azione di responsabilità contro il promissario alienante che in sede di preliminare ha taciuto alla controparte la pendenza della pratica di condono edilizio relativa all'immobile o comunque la mancanza degli adempimenti formali richiesti dalla normativa (47).

Esperibilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica

È opportuno concentrarsi ora sulla domanda, avanzata dalla parte attrice del caso in esame, di ottenere una pronuncia costitutiva, in sostituzione del rogito notarile, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà dell'immobile.

A supporto dell'applicazione della disciplina dell'invalidità prevista dalla legge sul condono edilizio ai contratti preliminari si potrebbe affermare che nell'ipotesi contraria le prescrizioni relative alle formalità sarebbero facilmente eludibili con l'esecuzione in forma specifica del preliminare inadempito, ritenendo che il requisito della "possibilità" richiesto dall'art. 2932 c.c. sia integrato a prescindere dalla menzione nel contratto preliminare degli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria. In tal maniera quindi, si utilizzerebbe la tutela prevista dall'ordinamento per ottenere un effetto dissimile da quello stabilito dall'autonomia delle parti, ovvero la regolarizzazione dell'immobile pur privo della concessione edilizia (48).

Per meglio affrontare la problematica giova ricordare come l'art. 2932 c.c. costituisca un'efficace alternativa al comune rimedio della risoluzione del contratto, per le ipotesi in cui l'inadempimento non abbia determinato la definitiva caducazione dell'interesse della parte non inadempiente alla stipulazione del contratto definitivo. Nel vigore del precedente codice l'obbligazione di contrarre era compresa tra le obbligazioni infungibili di fare, per le quali valeva il brocardo *nemo praecise ad faciendum cogi potest* (49). In piena epoca pandettistica l'unica fonte primaria di produzione di effetti giuridici nei rapporti privati era considerata la volontà, per cui la manifestazione del consenso negoziale era ritenuta incoercibile in sede processuale (50).

La disposizione dell'art. 2932 c.c., ispirato dalla migliore dottrina processualistica, rappresenta una rilevante novità introdotta dal codice del 1942, che ha contribuito alla diffusione nella prassi contrattualistica, specialmente in quella immobiliare, del contratto preliminare. Attraverso tale disposizione,

si riconosce infatti il diritto della parte di un contratto preliminare, di fronte all'altrui inadempimento, di domandare al giudice il soddisfacimento coattivo del diritto. Questo rappresentava lo scopo della contrattazione preliminare, in virtù del principio generale espresso dalla formula chiovendiana secondo la quale «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (51). Interpretando il diritto come finalizzato alla effettiva soddisfazione del diritto soggettivo sostanziale dunque il processo deve far conseguire all'attore proprio il bene della vita cui ha diritto (52).

Pur dopo l'introduzione della norma la giurisprudenza propendeva per un'interpretazione restrittiva dell'art. 2932 c.c. ritenendo che la sentenza non potesse attribuire nulla di diverso rispetto all'oggetto del contratto preliminare, rispetto al quale il giudice non aveva alcuna facoltà di ingerenza in senso quantitativo o qualitativo (53). Tale posizione, fondata sul dogma dell'incoercibilità del volere negoziale, e sulla convinzione che le norme sulla garanzia per i vizi della cosa stabilite nella disciplina del contratto definitivo di compravendita non fossero applicabili al preliminare, fu progressivamente abban-

Note:

(47) Si ricorda in merito come la Cass., 23 febbraio 1999, n. 1501, in questa *Rivista*, 1999, 1122, con nota di Enriquez, abbia evidenziato che il promissario alienante il quale non ha reso edotto il promissario acquirente della reale condizione urbanistica dell'immobile, è comunque inadempiente, considerando il rischio del rigetto della domanda di concessione in sanatoria, pertanto il promissario acquirente è legittimato a chiedere risoluzione del contratto.

(48) Si veda sul punto Aquila Villella, *Preliminare di vendita di immobile senza indicazione degli estremi della concessione edilizia ed inefficacia pendente*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 165.

(49) In argomento v. le osservazioni di Chiovenda, *Dell'azione nascente da contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 96.

(50) Sul punto cfr. Paladini-Giusti, *Il contratto preliminare*, cit., *passim*.

(51) In merito alla tutela giurisdizionale estensiva dei diritti si rinvia alle riflessioni di Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 81, riprese e analizzate da Proto Pisani, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'opera di G. Chiovenda*, in *Foro it.*, 2002, V, 125 e Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalenze*, Milano, 2004, *passim*.

(52) Sulla ricostruzione giurisprudenziale e dottrina relativa all'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita in ipotesi di sopravvenute difformità nell'oggetto del contratto si veda ancora l'approfondita disamina di Paladini-Giusti, *Il contratto preliminare*, cit., 204.

(53) Si vedano in proposito Cass., 25 ottobre 1957, n. 4113, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Vendita*, 35; Cass., 1° dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it.*, 1969, I, 1203; Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, *ivi*, 1969, I, 1203.

donata (54), fino a giungere al riconoscimento in capo al promissario acquirente della facoltà di domandare, contestualmente e cumulativamente all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo (55).

Nell'ipotesi oggetto della sentenza in epigrafe il preliminare di cui si chiede l'esecuzione in forma specifica ha ad oggetto un immobile realizzato senza concessione edilizia, per il quale non è intervenuta sanatoria. Se si facesse derivare l'applicabilità della sanzione di nullità al preliminare dalla considerazione che altrimenti non vi sarebbe ostacolo all'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., si opererebbe un capovolgimento di prospettiva assai singolare, attraverso una palese sproporzione del mezzo, ovvero dell'invalidità del preliminare, nei confronti dello scopo di evitare la messa in commercio degli immobili abusivi attraverso il "clavistello" rappresentato dalla domanda di esecuzione in forma specifica (56). Il paventato pericolo appare in realtà insussistente per quattro ragioni.

Innanzitutto, come già specificato dalla giurisprudenza (57), nonostante la suddetta evoluzione pretoria, la pronuncia ai sensi dell'art. 2932 c.c. non può operare il trasferimento di un bene diverso da quello sul quale si è fissato il consenso dei contraenti, intendendo con tale diversità una difformità tale da incidere sulla funzione del bene, ovvero sulla possibilità di destinarlo all'uso previsto dalle parti. Nella fattispecie *de qua* la decisione giudiziale realizzerebbe un effetto «maggiore e diverso» (58) in quanto, attraverso la regolarizzazione si renderebbe commerciabile un immobile privo di concessione edilizia e/o della concessione in sanatoria dell'abuso edilizio, influenzando notevolmente sulla sua destinazione funzionale.

L'inammissibilità di un'efficacia della sentenza *ex art.* 2932 c.c. che valichi i confini negoziali stabiliti dalle parti nel preliminare non può essere superata dalla mera possibilità che il contratto sia successivamente sanato ai sensi dell'art. 40, 3° cpv., della legge 47/1985, in quanto appare lampante la discrasia che separa la conferma dell'atto nullo dalle peculiarità caratteristiche della decisione giudiziale (59).

Inoltre la lettera dell'art. 40 della legge 47/1985, sebbene prenda in considerazione, al 5° comma, le ipotesi di trasferimenti effettuati nell'ambito delle procedure esecutive immobiliari, non accenna ai trasferimenti coattivi operati per mezzo del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., per cui ricordando l'*adagio ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* pare evidente che il legislatore non abbia voluto ammettere la pronun-

cia in esecuzione di preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile senza i requisiti formali stabiliti dalla legge sul condono edilizio.

Infine, pur nell'ampliamento della tutela del promissario acquirente, rimane immutato tra i presupposti per addivenire ad una sentenza di esecuzione in forma specifica del preliminare non concluso, la possibilità per ragioni di fatto o per ragioni di diritto. A queste ultime possono essere ascritte le previsioni relative alla commerciabilità o incommerciabilità del bene promesso in vendita, sebbene la giurisprudenza abbia spesso deciso in senso favorevole all'ammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 2932 c.c. Infatti è stato riconosciuto pienamente valido ed efficace il preliminare di vendita di una nave non iscritta nei pubblici registri ed azionabile la domanda di esecuzione in forma specifica, in quanto l'iscrizione mira a conseguire fini esclusivamente pubblicitici e costituisce solo il presupposto per l'applicazione della disciplina prevista per i natanti registrati (60). In ipotesi di preliminare di trasferi-

Note:

(54) Tra le pronunce più significative in merito si ricordano Cass., 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it.*, 1977, I, 669, che ha riconosciuto il diritto del promissario acquirente di domandare l'esatto adempimento dell'obbligazione di consegna della cosa oggetto del preliminare, chiedendo la condanna del promittente venditore all'eliminazione dei vizi della cosa; Cass., 23 aprile 1980, n. 2679, *ivi*, 1981, I, 177, la quale ha ammesso che la sentenza del giudice possa comportare in alternativa la condanna all'eliminazione dei vizi, la riduzione del prezzo stabilito inizialmente, in modo da ristabilire la proporzione tra il valore delle prestazioni oggetto del contratto definitivo; e soprattutto la decisione delle Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, *ivi*, 1985, I, 1697, che ha ampliato notevolmente la tutela dell'acquirente, precisando le condizioni in presenza delle quali, nell'ipotesi di preliminare di cosa da costruire, è possibile fare ricorso all'azione *ex art.* 2932 c.c., sempre che il rimedio dell'esecuzione specifica non sia escluso dal titolo: la predeterminazione della cosa oggetto del trasferimento, l'avvenuta costruzione del bene, la sua sostanziale identità con quello previsto nel preliminare, la mancanza di impedimenti di fatto o di diritto, l'esecuzione della prestazione a carico della parte che agisce o la valida offerta della stessa.

(55) *V. ex multis*, Cass., 16 luglio 2001, n. 3633, in questa *Rivista*, 2002, 444, con nota di Besozzi.

(56) In merito si vedano le osservazioni di Baralis-Ferrero-Podetti, *Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la L. 28 febbraio 1985*, n. 47, cit., 552, e Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici*, cit., 326.

(57) Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1985, n. 1720, cit., 1699.

(58) Così Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Riv. not.*, 1998, 266, con nota di Migliore. Si vedano inoltre Cass., 22 maggio 2008, n. 13225, *ivi*, 2008, 1422; Cass., 9 dicembre 1992, n. 13024, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 12; Cass., 27 aprile 2006, n. 9647, *ivi*, 2006, 4.

(59) Si veda in merito Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in questa *Rivista*, 2002, 660, con nota di Tagliaferri.

(60) Cfr. Cass., 26 febbraio 1993, n. 2445, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 69.

mento di farmacia, non è stata considerata impossibilità di diritto ex art. 2932 c.c. la mancata emanazione, al momento del preliminare, del decreto con cui l'autorità amministrativa competente autorizza l'apertura della farmacia o riconosce il trasferimento del diritto da un farmacista all'altro, in quanto le parti, col patto di retrocessione, si erano limitate a stipulare un contratto preliminare, con effetti obbligatori (61). Si ricorda infatti come il formante giurisprudenziale abbia specificato che tutti i presupposti legali ai fini dell'esperibilità della domanda di esecuzione in forma specifica devono sussistere unicamente al momento della pronuncia della sentenza costitutiva, che, in quanto tale, spiega efficacia soltanto *ex nunc* (62). In ossequio a tale principio è stata ritenuta ammissibile la sentenza costitutiva del contratto di vendita non concluso relativo a un bene su cui è sopravvenuto un vincolo di interesse storico (63).

Nel caso dunque, come nella fattispecie *de qua*, in cui l'immobile sia stato realizzato senza concessione edilizia, e non sia intervenuta sanatoria, la sanzione di nullità dell'atto traslativo si traduce irrimediabilmente in preclusione all'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita (64). Qualora però, in una differente ipotesi, gli adempimenti necessari siano compiuti prima del giudizio ovvero sia prodotta nel processo di trasferimento coattivo la concessione già esistente (65), e dunque l'immobile risulti sostanzialmente in regola con la disciplina edilizia, esigenze di ragionevolezza e di tutela del promissario acquirente, al quale altrimenti non resterebbe altro rimedio che la risoluzione del preliminare e il risarcimento danni, impongono di ammettere l'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita, in modo da realizzare gli effetti del contratto non concluso (66). Infatti, come hanno sostenuto recentemente le Sezioni Unite (67), nulla osta a che la concessione edilizia sia prodotta in causa dal promissario acquirente, ovvero ne sia richiesta l'acquisizione ex art. 213 c.p.c. da parte del giudice attraverso la richiesta alla Pubblica Amministrazione, nell'udienza di cui all'art. 184 c.p.c. per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti (68).

Conclusioni

È importante osservare come la decisione *de qua*, nell'affrontare in maniera analitica e diffusa sia il problema della estensione della disciplina speciale di cui alla l. n. 47 del 1985 ai preliminari immobiliari, sia la questione dell'esecuzione in forma specifica degli stessi, qualora abbiano ad oggetto un immobile privo degli estremi urbanistici richiesti dalla

normativa, si colloca nell'ambito di una direttrice evolutiva di chiaro interesse sistematico.

Note:

(61) In questo senso v. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1993, n. 1315, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 205.

(62) In merito cfr. Cass., Sez. Un., 3 luglio 1993 n. 7286, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1108.

(63) Cfr. Cass., 3 febbraio 1992, n. 1143, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1043.

(64) Sul punto si veda Cass., 18 agosto 1998, n. 8170, in *Giust. civ.*, 1999, 2463, con nota di Nacci, *Lottizzazione abusiva e contratto preliminare*; Cass., 4 gennaio 2002, n. 59, in *Dir. e giur.*, 2002, 280-283, con nota di Rinaldi, *Sulla validità del preliminare di vendita di immobile privo di concessione edificatoria*; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1501, in questa *Rivista*, 1999, 1112, con nota di Enriques, *Il preliminare di compravendita e l'art. 40 legge 47/1985*; Cass., 15 giugno 2000, n. 8147, in *Riv. giur. urb.* 2002, 211, con nota di Casu - Chiarelli, *Condono edilizio e commerciabilità dei beni* e tra le pronunce di merito cfr. Trib. Cagliari, 16 novembre 1999, in *Riv. Giur. Sarda*, 2000, 426, con nota di Pisu, *Il preliminare di compravendita immobiliare e la nullità sancita dagli art. 17 e 40 legge 47/1985*; Trib. Verbania, 9 aprile 2001, in questa *Rivista*, 2002, 23, con nota di Radice, *Azione di adempimento del preliminare ex art. 2932 c.c. e regolamentazione urbanistica degli immobili*.

(65) Come sottolinea la decisione in commento, richiamando la Cass., 8 febbraio 1997, n. 1199, cit., 266, i requisiti formali previsti dalla disciplina sul condono edilizio influiscono direttamente sulle condizioni dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c., rivelandosi inutile l'eventuale ricorso ad una successiva sanatoria della nullità, in quanto la conferma dell'atto invalido è palesemente divergente rispetto alle peculiari caratteristiche della sentenza.

(66) V. in argomento Fabiani, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e L. n. 47/85 sul condono edilizio*, Studio n. 3101 approvato dalla Commissione Studi Civiltà del Consiglio Nazionale del notariato il 15 novembre 2000, in *Riv. not.*, 2001, 982.

(67) Cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2009, n. 23825, in *Guida dir.*, 2010, 6, 43, con nota di Castro, la quale afferma che «in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita di un immobile, la sussistenza della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, di cui all'art. 40 l. 28 febbraio 1985 n. 47, rilasciata dal proprietario o da altro avente titolo, attestante l'inizio dell'opera in data anteriore al 2 settembre 1967, non costituisce un presupposto della domanda, bensì una condizione dell'azione, che può intervenire anche in corso di causa e sino al momento della decisione della lite. Ne consegue che la carenza del relativo documento è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, con l'ulteriore conseguenza che sia l'allegazione, che la documentazione della sua esistenza, si sottraggono alle preclusioni che regolano la normale attività di deduzione e produzione delle parti e possono quindi avvenire anche nel corso del giudizio di appello, purché prima della relativa decisione».

(68) Non è univoco in dottrina se il giudice debba o meno controllare la conformità dell'edificio alla concessione edilizia che ne ha autorizzato la costruzione, sebbene prevalga l'orientamento negativo sul quale cfr. Luminoso, *I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici*, cit., 326; Cataudella, *Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio*, cit., 509. In tema alcune decisioni di legittimità, tra cui Cass., 5 aprile 2001, n. 5068, in *Gius.*, 2001, 1677, ha escluso che il giudice possa subordinare la sentenza di esecuzione in forma specifica ad una certificazione di conformità del bene alla concessione edilizia, posto che l'art. 40 l. n. 47 del 1985 non contempla l'ipotesi della conformità o meno dell'immobile realizzato rispetto alla concessione edilizia.

Il giudice pugliese infatti pur rigettando la domanda in forma specifica del preliminare di vendita, in assenza di regolarità urbanistica dell'immobile, ammette il trasferimento coattivo ai sensi dell'art. 2932 c.c. se dagli atti e dai documenti di parte o, eventualmente dal fascicolo d'ufficio, risultino adempite le necessarie formalità richieste dalla legge sul condono edilizio. La sentenza di esecuzione in forma specifica assume dunque la natura di surrogato del contratto definitivo che spiega la sua efficacia sostitutiva purché siano preventivamente determinati gli elementi essenziali del contratto.

In tal modo si conferma una concezione del preliminare quale fonte del rapporto obbligatorio (69), inteso come struttura negoziale destinata a realizzare, rispetto alla *quaestiones voluntatis* in materia contrattuale, un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il contratto definitivo. Attraverso l'esecuzione specifica degli obblighi inadempiti contenuti nel preliminare, si consente *in executivis* di integrare il requisito formale mancante, esaltando quindi il ruolo della pronuncia ex art. 2932 c.c. quale rimedio conservativo e correttivo

del sinallagma contrattuale (70). Una diversa interpretazione infatti risulterebbe eccessivamente pregiudizievole per il promissario acquirente che spesso si rivela in posizione di debolezza rispetto al venditore, frequentemente identificabile con una società costruttrice, alla quale il primo, che agisce in forma specifica, ha già versato consistenti anticipi senza acquisire la proprietà e talora senza neanche godere del possesso anticipato dell'immobile.

Note:

(69) Sul punto cfr. le osservazioni di Paladini - Giusti, *Il contratto preliminare*, cit., 223; Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equivalenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti?*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 241;

(70) Si vedano *ex multis* Busnelli, *Dell'esecuzione forzata*, in *Commentario Utet*, Torino, 1964, sub art. 2932, 350; Alessidi Majò, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990, 6; Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 96; Mazzamuto, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato Rescigno*, 20, Torino, 1985, 313; Micheli, *Dell'esecuzione forzata*, art. 2932 in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1957, 531; Satta, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di Vassalli*, XV, Torino, 1963, 277.

LIBRI

COLLANA: **Codici Annotati Ipsoa**

CODICE DELLA STRADA

Annotato con la giurisprudenza

di **Francesco Molfese e Diego Molfese**



Il volume raccoglie le norme relative al **Codice della strada**. Ciascun articolo è **annotato con un'aggiornata selezione della giurisprudenza** più significativa, nonché con i principali **referimenti bibliografici** in materia. Le massime giurisprudenziali sono illustrate in una sequenza sistematica, per gruppi di argomenti. Le **parole chiave sono state evidenziate con carattere grassetto** al fine di permettere al lettore una più rapida individuazione delle tematiche affrontate.

L'Opera comprende anche la **Tabella di confronto tra il nuovo e il vecchio codice della strada**, la **Tabella dei punteggi previsti all'articolo 126-bis del Codice (Patente a punti)**, la **Tabella delle infrazioni**, la **Tabella sinottica dei limiti di velocità**, la **Tabella degli "spazi e tempi di**

frenatura", il **Regolamento di esecuzione e di attuazione** del Codice.

Il volume è aggiornato con la **legge n. 120/2010** "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"; con il **d.m. 22/12/2010** "Aggiornamento delle sanzioni amministrative" e con la **legge n. 10/2011** "Decreto mille proroghe".

Il testo è corredato da un dettagliato **sommario** e dagli **indici cronologico e analitico-alfabetico** della giurisprudenza.

Ipsoa 2011, pp. 1529, EURO 60,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsa>